

IV. DERCHO POLÍTICO IBEROAMERICANO

EL CONCEPTO DE CONSTITUCIÓN EN EL CONSTITUCIONALISMO CONTEMPORÁNEO EN AMÉRICA LATINA

FELIPE I. PAREDES PAREDES.
DAVID ALMAGRO CASTRO.

SUMARIO

1.INTRODUCCIÓN. 2. EL CONCEPTO DE CONSTITUCIÓN EN LA TEORÍA CONSTITUCIONAL. 3. ¿ESTÁ TODA LA CONSTITUCIÓN CONTENIDA EN UN DOCUMENTO ESCRITO? 4. ¿PUEDE EXISTIR UNA CONSTITUCIÓN NO ESCRITA EN EL DERECHO CONSTITUCIONAL CONTINENTAL? 5. EL DEBATE EN AMÉRICA LATINA SOBRE EL CARÁCTER DE LAS CONSTITUCIONES. 6. CONCLUSIONES.

Fecha recepción: 28.10.2021
Fecha aceptación: 06.09.2022

EL CONCEPTO DE CONSTITUCIÓN EN EL CONSTITUCIONALISMO CONTEMPORÁNEO EN AMÉRICA LATINA

FELIPE I. PAREDES PAREDES
Profesor auxiliar Universidad austral¹.

DAVID ALMAGRO CASTRO
Profesor ayudante Universidad de Sevilla.

1. INTRODUCCIÓN

El presente artículo analiza el concepto de Constitución en la cultura jurídica contemporánea en América Latina. La tesis planteada es que el concepto clásico de *Constitución escrita*, por sí solo, es insuficiente para dar cuenta del fenómeno constitucional en su plenitud y, en consecuencia, requiere ser complementado. Dicho complemento se sitúa a extramuros de los enunciados lingüísticos del texto constitucional. Este fenómeno es conocido en los Estados Unidos de América (en adelante, EE. UU) bajo la noción de *Constitución no escrita*, dando cuenta de aquellas disposiciones constitucionales que no están, lógicamente, insertas en el texto de la Constitución.

Este trabajo sostiene que la *Constitución no escrita* no está totalmente ausente de la teoría constitucional en el Derecho constitucional continental, a pesar de carecer de reconocimiento explícito y general en la doctrina especializada o la jurisprudencia. De resultar correcta, esta tesis permite explicar de mejor manera la praxis jurisdiccional del Derecho constitucional en la actualidad. Adicionalmente, pondría de manifiesto una tendencia a la convergencia entre los Derechos constitucionales del *Civil Law* y del *Common Law*, reforzando la vigencia de un Derecho constitucional común o global.

¹ Felipe I. Paredes Paredes. Universidad Austral, Facultad de Ciencias Jurídicas. Calle Independencia 621, Valdivia (Chile) felipe.paredes@uach.cl; Orcid: <https://orcid.org/0000-0003-0232-1919>.

David Almagro Castro. Calle Enramadilla 16-18, Facultad de Derecho. Sevilla (España). dalmagro@us.es. Orcid: <https://orcid.org/0000-0001-5859-0275>.

La justificación de este aserto exige, como punto de arranque, reflexionar sobre el concepto de Constitución en la cultura jurídica latinoamericana, espacio en el cual la literatura jurídica principal ha insistido en que la Constitución es un documento eminentemente escrito. Por el contrario, para explicar que una parte importante del Derecho constitucional posee un origen jurisprudencial y consuetudinario, la teoría constitucional anglosajona ha articulado el concepto de *Constitución no escrita*. Del mismo modo, aunque en Europa esta idea no se ha formulado tan claramente, tampoco se ha renunciado a la utilización de determinadas formas de interpretación constructiva para dotar de contenido a los silencios o vacíos del texto constitucional.

Consecuencia de lo anterior es la necesidad de reformular el concepto de Constitución que ha primado en la tradición jurídica en Latinoamérica —la Constitución exclusivamente escrita— por uno que conciba la Constitución como una entidad compleja y compuesta por el texto escrito más el desarrollo jurisprudencial e, incluso, por la cultura jurídica. Desde esta perspectiva, una Constitución sería una norma que tiene por objeto vertebrar la actividad política en una sociedad determinada, compuesta principalmente por disposiciones contenidas en un texto escrito que, a su vez, deben necesariamente ser complementadas por elementos extratextuales. Por esta razón, es posible y necesario entender la Constitución como un proyecto en constante construcción, que se actualiza constantemente a través de su aplicación a los casos concretos por parte de los órganos políticos, jurisdiccionales, por las prácticas de los operadores jurídicos e, incluso, de los ciudadanos.

El trabajo presenta el siguiente desarrollo: en la sección dos se describen los distintos conceptos de Constitución y se explica por qué la Constitución escrita ha sido ligada originalmente al Derecho constitucional continental; en la sección tres se analiza el concepto de Constitución predominante en la tradición estadounidense; en la sección cuatro se explica cómo en Europa el concepto de Constitución ha ido mutando en las últimas décadas; en la sección cinco se analiza la realidad de América Latina y se muestra la existencia de rasgos esenciales del fenómeno constitucional que se sitúan fuera de su texto escrito y no pueden explicarse a través de este.

2. EL CONCEPTO DE CONSTITUCIÓN EN LA TEORÍA CONSTITUCIONAL

Los vínculos existentes entre Constitución y cultura jurídica es un tema de largo recorrido entre la doctrina constitucional. En este sentido, Robert Post ha señalado que el Derecho Constitucional surge de la cultura al mismo tiempo que la regula, produciéndose una retroalimentación entre ambas². Otro autor digno de mención, Donald Kommers, ha afirmado, de forma bien gráfica, que esos lazos se construyen

² Cf. Post, R. (2003). «Fashioning the Legal Constitution: Culture, Courts, and Law», *Harvard Law Review*, v. 117, n. 4, pp. 4-112.

desde la formación temprana de los abogados; el ilustre autor señala que si se le preguntase a un estudiante de Derecho en Alemania qué es la Constitución, la respuesta sería el documento compuesto por 146 artículos denominado Ley Fundamental de Bonn. En cambio, si se le formulara la misma pregunta a un estudiante en Canadá o en los EE. UU, la respuesta mayoritaria afirmarí que una parte relevante de la Constitución se contiene en la jurisprudencia de la Corte Suprema³.

Este ejemplo es útil para ilustrar cómo, en términos generales, las explicaciones que damos por ciertas acerca del Derecho están influidas por sus contextos culturales. El concepto de Constitución es una clara manifestación de este fenómeno y, aparentemente, la palabra Constitución tiene significados diferentes en cada cultura jurídica. Sin embargo, si estas afirmaciones se someten a un análisis más riguroso, es posible observar que incurren en reduccionismos que se explican, entre otras razones, por economía epistémica, el rol propedéutico de los conceptos básicos e, incluso, surgen como consecuencia del prejuicio cultural denominado «provincianismo jurídico», que sobrevalora las diferencias e ignora las interacciones entre las diferentes culturas jurídicas⁴. Ciertamente, si se indaga con cierta intensidad en los usos de la palabra Constitución se comprobará que en ningún lugar su contenido se compone únicamente de texto escrito o elaboración jurisprudencial.

La finalidad de los conceptos básicos es proporcionar una explicación general de una realidad compleja compuesta por múltiples matices. Estos, usualmente, son objeto de un acuerdo general sobre sus contornos; no obstante, en sus aspectos específicos subsiste un intenso debate que posibilita la formación de visiones alternativas⁵. En efecto, aquello que en ocasiones se suele presentar como la teoría ortodoxa de la Constitución no es sino la versión que, en un momento determinado, suma mayores adeptos como la explicación más simple y completa de la realidad. En este proceso, las interacciones entre las distintas culturas jurídicas adquieren gran importancia.

En América Latina, el concepto de Constitución ha recibido escasa atención y la reflexión se ha centrado eminentemente en consideraciones locales. Por ejemplo, en Chile la definición de Constitución que formuló el profesor Silva Bascuñán en los años sesenta del siglo XX aún sigue suscitando gran aceptación en la jurisprudencia y la doctrina nacional⁶. Esta definición incluye tres ejes principales: la organización del Estado, de su forma de gobierno y de la actividad que rige los asuntos públicos. Sin desmerecer la utilidad de dicha definición, su persistencia como referencia

³ Cf. Kommers, D. (2006). «Germany. Balancing Rights and Duties». En J. Goldsworthy, *Interpreting Constitutions. A Comparative Study*. Nueva York: Oxford University Press, pp.161-214.

⁴ Ackerman, B. (1997). «The Rise of World Constitutionalism», *Virginia Law Review*, v. 83, n. 4, pp. 771-797.

⁵ Gallie, W. (1955). «Essentially Contested Concepts», *Proceedings of the Aristotelian Society, Harrison & Sons Ltd.*, pp. 167-198.

⁶ «La ley fundamental de la organización del Estado, de la forma de su gobierno, de la actividad que rige los asuntos públicos, es, según el significado de sus términos, la Constitución Política». Cf. Silva Bascuñán, A. (1963). *Tratado de Derecho constitucional*, vol.1., Santiago, Editorial Jurídica de Chile, p. 55.

principal de la idea de Constitución indica que la evolución que ha experimentado el Derecho Constitucional en los últimos cincuenta años ha tenido escaso impacto en la manera de entender el fenómeno de las constituciones en Chile. En la actualidad, no obstante, resulta claro que dicho concepto no recoge con suficiencia todas las particularidades de la noción de Constitución y, sobre todo, su aplicación jurisprudencial en y por los Tribunales de justicia. En este sentido, resulta necesario un ejercicio de reconstrucción del concepto que recoja los usos que recibe en la práctica.

Todo intento de reconstruir un concepto de Constitución de mayor capacidad explicativa debe partir haciendo hincapié en la ambigüedad del término. Riccardo Guastini, en un trabajo de referencia, enumera cuatro usos de la expresión Constitución: a) Todo ordenamiento de tipo liberal; b) Un conjunto de normas fundamentales que identifican a un ordenamiento jurídico; c) Un documento normativo que tiene ese nombre; d) Un documento normativo que posee ciertas características formales. La enumeración, como así reconoce el autor, no tiene ánimo de exhaustividad; por el contrario, parte de un enfoque general, incluyendo algunos usos no especializados y finaliza incorporando significados de mayor complejidad técnica⁷.

Esta taxonomía es similar a la que ha formulado la teoría constitucional, aunque no siempre la nomenclatura sea idéntica. Por ejemplo, algunos autores consideran que toda sociedad que posea normas sobre organización política tiene una Constitución. Esta afirmación es aquello que Grimm denomina Constitución en sentido empírico⁸. Aquella es una acepción que no presupone ni una forma ni un contenido; más bien, el elemento indispensable es la eficacia para imponerse en los hechos. La formulación más clásica se la debemos a Lasalle, quien identifica la Constitución como el producto de las relaciones entre los factores reales de poder que existen en una sociedad⁹. Podemos citar también, y con ánimo meramente ilustrativo, la archiconocida definición de Carl Schmitt, para quien la Constitución era una mera decisión del soberano sobre la forma y unidad política de un Estado¹⁰.

El concepto empírico se encuentra en las antípodas del concepto de Constitución proclamado por las revoluciones burguesas de finales del siglo XVIII y cuya formulación más célebre corresponde al artículo 16 de la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789 que afirmaría, con vocación de permanencia en el tiempo, aquello de «*Toda sociedad en la que la garantía de los derechos no está asegurada, ni la separación de poderes establecida, carece de constitución*». En este concepto el contenido resulta un componente esencial del objeto que se pretende definir. Una Constitución no puede sino perseguir la limitación del poder político y, según el liberalismo clásico, la manera más eficaz de conseguirlo es a través de dos herramientas: la separación de poderes y el reconocimiento de los derechos individuales.

⁷ Guastini, R. (2001). *Estudios de Teoría constitucional*, Ciudad de México, Fontamara - UNAM, p. 29.

⁸ Grimm, D. (2006). *Constitucionalismo y derechos fundamentales*, Madrid, Trotta, pp. 27 y ss.

⁹ Lasalle, F. (2002). *¿Qué es una Constitución?*, Barcelona, Ariel, pp. 78 y ss.

¹⁰ Schmitt, C. (1996). *Teoría de la Constitución*, Madrid, Alianza Editorial, p. 47.

Asimismo, en la teoría constitucional la expresión posee una tercera acepción: la Constitución es un documento jurídico que presenta ciertos rasgos idiosincráticos que permiten distinguirla respecto de otras categorías normativas y que le asignan una función específica dentro del ordenamiento jurídico. Según una versión estándar de esta tesis, estas características serían la supremacía y la rigidez¹¹. A su vez, la función estaría determinada por la naturaleza de la Constitución como norma que regula la producción de las demás normas que componen el ordenamiento jurídico. En este sentido, quizás el concepto formal de Constitución más influyente haya sido el de Kelsen, para quien «cada grado del orden jurídico constituye a la vez una producción de derecho, frente al grado inferior, y una reproducción del derecho, ante el grado superior»¹². Este concepto estricto y técnico de Constitución se aparta del concepto amplio, relacionado con el contenido de las normas, no con su creación, y que usualmente se refleja en los textos constitucionales a través de los catálogos de derechos fundamentales y las declaraciones de principios.

En efecto, el insigne jurista sostuvo que principios tales como la libertad, la igualdad o la moralidad conllevan el problema de su falta de univocidad. Esta dispersión hace altamente desaconsejable que dichas normas sean puestas al servicio de un órgano que controle la supremacía constitucional. El peligro latente era la posible discrecionalidad del legislador y los órganos ejecutivos de la ley provocada por la falta de precisión constitucional de los antedichos principios. Para la defensa de una aproximación racional de la aplicación de la Constitución es necesario, nos diría el autor, concluir que estas cláusulas escapan al ámbito de lo jurídico, por lo que quedan excluidas del concepto estricto de Constitución¹³.

La importancia de Kelsen para la justicia constitucional radica en su condición de arquitecto principal del sistema concentrado de garantía de la Constitución, modelo por antonomasia del Derecho constitucional continental. Esta circunstancia explica que su concepto de Constitución sea también el de mayor aceptación. Precisamente, a la grandeza de su edificio conceptual le debemos la manera de aproximarnos al mundo de las constituciones. En dicho mundo estas se presentan como documentos escritos, que gozan de supremacía y que permiten al juez constitucional controlar su cumplimiento mediante un juicio de constatación de enunciados normativos. Adicionalmente, cualquier modificación del texto constitucional requiere poner en marcha un procedimiento de reforma especialmente creado al efecto que, con carácter general, supone la superación de barreras procesales más exigentes que las establecidas para la aprobación o modificación de una ley parlamentaria. En este constructo intelectual sigue descansando una parte significativa del concepto de Constitución.

¹¹ Bayón, J. C. (2010). «Democracia y derechos: Problemas de fundamentación del constitucionalismo», en Carbonell, M. y García, L. *El canon neoconstitucional*, Madrid, Trotta, pp. 285-355.

¹² Cf. Kelsen, H. (2001). *La garantía jurisdiccional de la Constitución (la justicia constitucional)*, Ciudad de México, UNAM - Instituto de Investigaciones jurídicas, p. 14.

¹³ Cf. Kelsen, H. (2001). *La garantía jurisdiccional de la Constitución (la justicia constitucional)*, op. cit., p. 79.

3. ¿ESTÁ TODA LA CONSTITUCIÓN CONTENIDA EN UN DOCUMENTO ESCRITO?

En los EE. UU. la pregunta formulada en el título ha sido planteada en innumerables ocasiones, convirtiéndose en uno de los principales debates constitucionales. En este sentido, Fallon afirma que las palabras de la Constitución escrita no siempre suministran suficiente información acerca de la clase de documento que la Constitución es o acerca del significado de buena parte de sus cláusulas¹⁴. Este es el motivo por el que en ese país la doctrina ha debatido sobre el concepto de *marras* constantemente. El problema del que parte esta reflexión es la insuficiencia del texto para resolver en numerosas ocasiones las controversias jurídicas de naturaleza constitucional y, consecuentemente, la necesidad de encontrar algún criterio complementario para resolver los conflictos. Frente a esta realidad, las respuestas han sido variadas. Para algunos autores, la Constitución comprende el texto escrito más las circunstancias históricas que rodearon su aprobación; para otros, el texto escrito más la intención de quienes la elaboraron e, incluso, algunos asignan mayor importancia al contexto en el que la norma se aplica¹⁵.

La discusión ha alcanzado tal magnitud que, incluso autores como Smith, piensan que el concepto de Constitución es una mera figura retórica (*placeholder*) que posibilita una variedad de propósitos interpretativos de diversa índole, sin que exista necesariamente una conexión semántica o lógica entre ellos¹⁶. Otros autores como Balkin sugieren, por el contrario, la existencia de criterios de orden dentro de este aparente caos. Para este autor, hay que poner énfasis en la función que cumplen las Constituciones como documentos jurídicos que disciplinan el proceso político y que buscan simultáneamente limitar y hacer posible la actividad política a través de una combinación compleja de reglas, principios, estándares y silencios. Para explicar esta idea, el autor recurre a la metáfora de imaginar la Constitución como una estructura —una especie de edificio inconcluso— en el que la obra gruesa limita las decisiones de los poderes públicos, pero que a su vez contempla un espacio para seguir construyendo sobre la base de dichos cimientos¹⁷.

En los EE.UU. esa parte de la Constitución que no se deriva directamente de los enunciados lingüísticos del texto escrito —sino que se construye a partir de este— ha recibido el nombre de *Constitución no escrita* y se ha ido desarrollando a través de la

¹⁴ Fallon, R. (1999). «Legitimacy and Constitution», *Harvard Law Review*, v. 116, n. 6, pp. 1789-1853.

¹⁵ *Ibidem*.

¹⁶ Smith, S. (2008). «What Does Constitutional Interpretation Interpret?», en G. Huscroft, *Expounding the Constitution. Essays in Constitutional Theory*, Nueva York, Cambridge University Press, pp. 21-37.

¹⁷ Balkin, J. (2011). *Living Originalism*, Cambridge (Mas.), The Belknap Press of Harvard University Press, p. 474.

jurisprudencia, las prácticas constitucionales y sus valores e ideales asociados¹⁸. Para que dicho proceso tome forma es necesario que este proyecto en continua construcción sea actualizado por los jueces de forma coherente y a través de su aplicación a los casos concretos¹⁹. De este modo, la tesis de la *Constitución no escrita*, del mismo modo que un edificio, requeriría de un plano de desarrollo. Si bien el tema ha sido discutido en las jurisdicciones del *Common Law*, una tesis defendida por un sector importante de los autores, afirma que dicho plano se relaciona con la noción de Estado de Derecho (*Rule of Law*), por lo que es posible extraer las instrucciones a partir de la reconstrucción sistemática de dichos principios²⁰.

Esta estrategia tiene como ventaja el consenso que existe en torno a la noción de Estado de Derecho como fuente de legitimidad del Derecho. Sin embargo, también presenta una importante desventaja: el Estado de Derecho sigue siendo un concepto con contornos sumamente difusos. En este sentido, la tesis de Dworkin sí puede resultar útil para describir la praxis jurisdiccional: los jueces intentan armar un rompecabezas, pero no siempre dan con la pieza exacta al primer intento. Esto explica por qué dicho proceso de «interpretación-reconstrucción» constitucional no siempre se produce de forma unidireccional y, a veces, una sentencia debe desarmar lo edificado por sus predecesoras. En la jurisprudencia estadounidense abundan los ejemplos de interpretaciones que en algún momento se consideraron correctas y que en la actualidad son utilizadas con espíritu didáctico inverso; es decir, para enseñar a los estudiantes cómo no debe interpretarse la Constitución. Este giro evolutivo ha tenido lugar sin cambiar una coma del texto escrito. Como ejemplo paradigmático, valga citar la enmienda XIV y dos de sus celeberrimos precedentes: *Plessy v. Ferguson* de 1896 y *Brown v. Board of Education of Topeka* de 1954²¹.

Como es bien sabido, la enmienda XIV se promulgó tras la Guerra Civil y consagró la cláusula de *Equal Protection of the Laws*. Con esa base, *Plessy v. Ferguson* resolvió declarar constitucional una ley del Estado de Luisiana que disponía la existencia de vagones segregados por raza en los ferrocarriles, estimando que la segregación era compatible con la enmienda XIV, siempre que no existiese diferencia material entre las condiciones materiales disponibles para cada raza. Esta fue, en esencia, la misma cuestión abordada en *Brown v. Board of Education* respecto de las escuelas segregadas. Sin embargo, la conclusión a la que arribó la Corte Suprema en 1954 fue radicalmente contraria: la fórmula *Separate but Equals* era inconstitucional y las instalaciones separadas en función de la raza eran inherentemente desiguales.

¹⁸ Grey, T. (1988). «The uses of an unwritten constitution», *Chicago-Kent Law Review*, v. 64, n. 1, p. 211.

¹⁹ Dworkin, R. (1981). «The Forum of Principle», *New York University Law Review*, v. 56, p. 517.

²⁰ Walters, M. (2008) «Written Constitutions and Unwritten Constitutionalism», en G. Huscroft, *Expounding the Constitution. Essays in Constitutional Theory*, Nueva York, Cambridge University Press, p. 270.

²¹ Cf. Balkin, J., & Levinson, S. (1998). «The canons of Constitutional Law», *Harvard Law Review*, v. 111, n. 4, pp. 963-1024.

Obviamente, el cambio de criterio interpretativo no surgió de la nada. En la sentencia del caso *Brown*, la Corte Suprema adujo varios argumentos de entre los cuales el que ha generado los ríos de tinta más caudalosos se basaba en unos informes científicos citados en la famosa nota al pie número once y que concluían que la segregación vulneraba el bienestar de los niños negros al provocarles un sentimiento de inferioridad y estigmatización. Para autores como Horwitz, la cuestión verdaderamente decisiva en *Brown* consistía en justificar que el contenido de la Constitución puede cambiar con el tiempo sin necesidad de una reforma. De este modo, la sentencia instauró un diálogo con los enjuiciadores del caso *Plessy*, intentando demostrar que la Corte se equivocó en 1896 y debiendo, en consecuencia, revocar el precedente. Dicho en términos directos: en 1954 la Corte Suprema desarmó la construcción realizada por su homóloga en 1896, elaborando una nueva regla que desde entonces es considerada la interpretación constitucionalmente adecuada de la enmienda XIV²².

A pesar de la discrepancia sobre cuál es el mejor método de interpretación constitucional, en EE. UU. se asume la importancia de la jurisprudencia para dotar de contenido a la Constitución; es decir, como fuente creadora de Derecho. Un jurista de la tradición del Derecho constitucional continental podría argumentar que un enfoque como este no tiene cabida en su cultura jurídica, construida sobre el mito dominante de la *Constitución escrita*. En este sentido, es de suma utilidad examinar si esa respuesta es totalmente incompatible con el Derecho constitucional del *Civil Law*. Para alcanzar este objetivo, resulta necesario analizar cómo funcionan en la práctica los sistemas de justicia constitucional en Europa y Latinoamérica.

4. ¿PUEDE EXISTIR UNA CONSTITUCIÓN NO ESCRITA EN EL DERECHO CONSTITUCIONAL CONTINENTAL?

En Europa, el Derecho constitucional posterior a la Segunda Guerra Mundial ha sido objeto de una transformación calificable de revolucionaria. Este fenómeno, denominado *Constitucionalización del Derecho*, se caracteriza por poner el acento en la tutela de los derechos fundamentales, la justicia constitucional y el papel del juez en el proceso de creación de decisiones generales con impacto sistémico. Por ejemplo, el Tribunal Constitucional Federal alemán —desde la sentencia *Lüth* de 1958— ha sostenido que los derechos fundamentales, además de derechos subjetivos, representan un orden valorativo objetivo con efecto irradiante a todos los rincones del ordenamiento jurídico²³. Para construir ese orden valorativo se ha venido recurriendo a técnicas muy similares a las utilizadas en los EE. UU. como la teoría de los valores, los principios del Estado de Derecho o la dignidad humana.

²² Horwitz, M. (1993). «The Warren Court and the Pursuit of Justice», *Washington and Lee Law Review*, v. 50, n. 1, pp. 5-13.

²³ Alexy, R. (2007). *Teoría de los derechos fundamentales*, Madrid, CEPC, p. 126.

Este proceso de cambio no ha significado, en modo alguno, abjurar de la noción de *Constitución escrita*. Más bien consiste en entender que interactúa constantemente con la *Constitución no escrita*. De este modo, el concepto contemporáneo de Constitución en la cultura jurídica de la Europa continental estaría en un punto intermedio entre ambas definiciones. Esta tesis se puede reconocer en el planteamiento realizado por la corriente de pensamiento conocida como *neoconstitucionalismo*, la cual sostiene que, finalizada la Segunda Guerra Mundial, se instaló en el continente un modelo de Estado que cambiaría la manera de concebir la naturaleza de las constituciones²⁴. Este cambio se produjo de una manera absolutamente deliberada en los procesos constituyentes de la posguerra. Tanto en Alemania como en Italia se desarrolló un debate sobre la naturaleza de las normas constitucionales de excepcional importancia para la teoría actual de la Constitución, discusión que concluyó con una afirmación ya devenida en construcción clásica: los derechos fundamentales y las declaraciones axiológicas están revestidas de valor normativo pleno y eficacia directa²⁵.

No se debe olvidar que, para el constitucionalismo europeo dieciochesco, dichas normas solo fueron útiles para fundamentar una concepción del poder y sus condiciones de legitimidad. Por ejemplo, la Declaración de 1789 nunca fue considerada Derecho positivo, sino más bien un reconocimiento de una filosofía política que encarnó el espíritu de toda una época y que pedía ser llevada del campo de la teoría a la práctica²⁶. De este modo, la función que cumplieron las Constituciones —especialmente en su parte dogmática— era dotar de legitimidad a una potestad legislativa soberana en su ámbito de atribuciones. Paradójicamente, en el país en el que nacieron los derechos fundamentales, no sería sino hasta la Resolución 73-51 del *Conseil Constitutionnel*, de 27 de diciembre de 1973, que la Declaración de 1789 se comenzaría a utilizar para controlar la constitucionalidad de las leyes.

A este respecto, Ferrajoli ha sostenido que actualmente la noción primigenia de Estado de Derecho se ha bifurcado en Europa en dos modelos normativos diametralmente distintos: el modelo paleopositivista del *Estado legislativo de Derecho*, que surge con el nacimiento del Estado moderno y el modelo neopositivista del *Estado constitucional de Derecho*, que emerge en Europa tras la Segunda Guerra Mundial²⁷. El porqué de este cambio consistió en introducir limitaciones a la acción de un legislador

²⁴ La referencia al neoconstitucionalismo es de suma utilidad, pues representa una teoría de la interpretación constitucional que ha tenido gran acogida en los países del sur de Europa y en toda América Latina. Más allá de las críticas que se le han formulado, para Von Bogdandy ese éxito se puede explicar porque, a pesar de que es una teoría que subvierte el modelo de aplicación de reglas que supone una Constitución escrita, presenta sus esquemas argumentativos como una operación perfectamente racional y controlable a partir de los esquemas de corrección de la argumentación racional. Cf. Von Bogdandy, A. (2015). «Ius Constitutionale Commune En América Latina: Una Mirada a Un Constitucionalismo Transformador», *Revista Derecho del Estado*, v. 34, pp. 3-50.

²⁵ Zagrebelsky, G. (2008b). *La legge e la sua giustizia*, Boloña, Il Mulino, p. 122.

²⁶ Zagrebelsky, G. (2008a). *El Derecho Dúctil. Octava edición*, Madrid, Trotta, p. 52.

²⁷ Ferrajoli, L. (2003). «Pasado y futuro del Estado de derecho», en M. Carbonell, *Neoconstitucionalismo(s)*, Madrid, Trotta, p. 14.

omnipotente incapaz de contener el ascenso y consolidación de las ideologías totalitarias que, como es archiconocido, se harían con el poder a través de vías democráticas. A partir de ese momento la Constitución será una norma indefectiblemente rígida, sujeta a garantías formales y materiales y diseñándose a tal efecto un complejo sistema de justicia constitucional que no solo controla la regularidad del proceso de producción normativa; también, y no es un asunto menor, repara las vulneraciones que sufran las personas en sus derechos fundamentales y establece límites sustantivos al legislador.

El *neoconstitucionalismo* es solo una de las teorías que buscan explicar la realidad constitucional de nuestros días. Se puede discrepar de las soluciones que propone, pero hay que reconocer que acierta en el diagnóstico. El constitucionalismo europeo experimentó un cambio radical durante la posguerra y, desde entonces, ha concentrado sus esfuerzos en dos sentidos: redefinir constantemente la materia constitucional y explicar la actividad de los jueces constitucionales a partir de un método racional de aplicación de la Constitución al caso concreto.

En cuanto a la redefinición de la materia constitucional, basta recordar el prolífico proceso de expansión de los derechos fundamentales que ha motivado la incorporación de nuevos derechos no siempre relacionados directamente con el tenor literal de las disposiciones normativas. Respecto a la actividad judicial, resulta una tarea titánica abarcar y comentar todos los métodos de interpretación que la doctrina ha elaborado. Quizás sí valga la pena recordar el éxito que ha alcanzado en los países del sur de Europa la técnica denominada *balanceo* o *ponderación* que, como es bien sabido, surge en el Derecho estadounidense para, a partir de la enorme influencia que en el continente europeo ha ejercido la obra de Alexy, se haya difundido también al otro lado del Atlántico.

Estos antecedentes aportan las claves para entender por qué un concepto de Constitución como el que propone Kelsen, a pesar de su importancia para la cultura jurídica, hoy en día está lejos de describir con fidelidad las prácticas constitucionales en Europa. La justificación de esta afirmación es netamente empírica, y está dada porque en la actualidad los ordenamientos jurídicos se han apartado radicalmente de cualquier concepción exclusivamente formal de la Constitución, desoyendo la sugerencia de Kelsen. Por el contrario, a uno y otro lado del atlántico, predominan visiones sobre el fenómeno constitucional que claramente otorgan valor jurídico pleno a dichas normas, poseedoras de un fuerte contenido axiológico.

5. EL DEBATE EN AMÉRICA LATINA SOBRE EL CARÁCTER DE LAS CONSTITUCIONES

Como se ha analizado anteriormente, en el Derecho europeo existe plena conciencia del carácter argumentativo y jurisprudencial que tiene el Derecho constitucional. Esta afirmación contrasta con la persistencia en el sector más dogmático de

la literatura latinoamericana de una visión clásica de la Constitución centrada en el texto escrito. Adoptar esta perspectiva —calificable de enroque constitucional— ha tenido consecuencias no menores. La más obvia es entender que la única posibilidad de adaptar la Carta Fundamental a los requerimientos de la realidad social es a través de la reforma. En Chile, esta aproximación ha marcado la discusión en torno a la legitimidad de la Constitución de 1980, Carta otorgada por la dictadura, y la necesidad de elaborar una nueva en democracia. Por otra parte, desde la óptica de la praxis jurisprudencial, el Tribunal Constitucional ha observado un compromiso de fidelidad con el texto constitucional, cerrando la puerta a una reinterpretación de muchas de sus cláusulas. Este posicionamiento le ha valido duras críticas por una parte expresiva de la doctrina²⁸.

Un caso especial nos lo aporta la sentencia rol 3016-2016. En ella, el Tribunal Constitucional reflexiona sobre su actividad. El requerimiento se originó a partir una reforma de la legislación laboral, la de mayor enjundia en 20 años, por lo que la sentencia revestía gran importancia para la opinión pública. El Tribunal Constitucional adoptaría, en su análisis, una posición claramente kelseniana, incluso citando al autor de marras (c. 9° y c. 10°). Más adelante agregaría la siguiente cita literal que reproducimos en el cuerpo del texto por su relevancia: *«del texto de la Constitución aparece de manifiesto la existencia de límites específicos y generales. Los primeros se pueden encontrar en las materias específicas objeto de análisis, para lo cual es relevante tener en consideración el grado de densidad de la regulación constitucional relativa a la materia. En lo concerniente al segundo tipo de límites, se encuentra la cláusula general contemplada por el artículo 19, N° 26 de la Constitución»* (c.11°).

Incluso en un contexto jurídicamente conservador como el chileno, la tesis de la «Constitución exclusivamente escrita» demuestra su insuficiencia para explicar qué hacen en la práctica los tribunales constitucionales. En reiteradas ocasiones afirman estar aplicando el texto, pero en la práctica crean Derecho constitucional allí donde el texto no dice nada o muy poco. Dos casos muy representativos en la práctica constitucional chilena son los roles 2110-2011²⁹ y 2254-12³⁰. En realidad, estos ejemplos

²⁸ Atria, F. (2010). «Participación y alienación política: el problema: el problema constitucional», en C. Fuentes, En *nombre del pueblo: debate sobre el cambio constitucional en Chile*, Santiago, ICSO-UDP, p. 177.

²⁹ En la sentencia 2110-11 el TC chileno reconoce la existencia de un derecho al trabajo a partir de una disposición en la que se reconoce la libertad de trabajo («En efecto, la protección constitucional del trabajo del artículo 19 N° 16° de nuestra Carta Fundamental no se limita sólo a garantizar la libertad de elección y de contratación laboral, sino que, al incluir la garantía constitucional el reconocimiento expreso de la libertad de trabajo y su protección, la Constitución extiende la protección al trabajo mismo, en atención al compromiso inseparable de respeto a la dignidad del trabajador en la forma en que efectúa su labor y a la ineludible función social que cumple el trabajo. En consecuencia, la Constitución también protege al trabajo propiamente tal, no consagrando el derecho al trabajo en términos generales, pero sí derechos que constituyen elementos fundamentales de éste y que pueden exigirse efectivamente del Estado» c. 8°).

³⁰ En la sentencia rol 2254-12, en la que el TC deriva a partir de la idea general de dignidad humana, el principio de proporcionalidad de las penas en materia penal. («Que es una base esencial de todo

se sitúan en dos materias que, en general, fomentan la creatividad jurisprudencial: los derechos sociales y los límites al *ius puniendi*. Al respecto, vale la pena recordar que en los EE. UU. se ha discutido intensamente respecto de la enmienda VIII que prohíbe castigos «cruelos e inusuales»³¹. Según Allan, la interpretación de esta cláusula ha dado vida a una serie de principios (debido proceso, igualdad, irretroactividad de leyes sancionatorias, etc.), todos ellos de elaboración jurisprudencial³². En Europa, la doctrina ha realizado un análisis similar, reconociendo que parte importante del desarrollo dogmático de los límites al *ius puniendi* en países como Italia, España o Alemania se deriva de principios establecidos jurisprudencialmente³³.

En Latinoamérica existen otros tribunales constitucionales que han asumido de manera mucho más abierta la tesis de la *Constitución no escrita*. En este plano, el Tribunal Constitucional colombiano constituye el mejor ejemplo de esta tendencia. En opinión de Bilchitz, dicho órgano ha ampliado el espectro de tutela de los derechos fundamentales en varios sentidos; por ejemplo, reconociendo derechos sociales de forma interpretativa a través del desarrollo de la doctrina de los «derechos fundamentales por conexidad»³⁴. Esta conexidad sucedería en aquellas circunstancias en que el derecho socioeconómico está tan conectado con otro derecho fundamental que, en caso de que el primero careciera de una protección inmediata, significaría la violación del segundo. Esta doctrina se ha aplicado, por ejemplo, para fallar a favor del derecho de que pacientes de VIH accedan al tratamiento retroviral³⁵.

En síntesis, la garantía de la Constitución ya no puede ser entendida únicamente como garantía de la regularidad, tal como sostuvo Kelsen; tampoco, en el estado actual de cosas, la Constitución puede ser considerada una norma que tiene como fuente exclusivamente un documento escrito. Actualmente, no lo es en los EE. UU., ni en Europa ni, tampoco, en Latinoamérica. En la última parte del artículo se analizarán

ordenamiento penal democrático el principio de que por un mismo hecho delictivo el responsable no puede sufrir más de una pena o ser objeto de más de una persecución criminal, conocido como el «non bis in idem». Esta interdicción del juzgamiento y la sanción múltiple se sustenta, respectivamente, en la aplicación de principios relativos al debido proceso y la proporcionalidad. Su fundamento constitucional deriva de la dignidad personal y del respeto a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana, cualidad que le es reconocida universalmente. Su transgresión constituye, pues, un atropello de las bases de la institucionalidad, así como de las garantías de un procedimiento e investigación racionales y justos, consagradas en la normativa pertinente a la igual protección de la ley en el ejercicio de los derechos... c.10º».

³¹ Chemerinsky, E. (2004). «The Constitution and Punishment». *Stanford Law Review*, v.56, pp. 1049-1080.

³² Allan, T. (2008). Constitutional Justice and the Concept of Law, en G. Huscroft, *Expounding the Constitution. Essays in Constitutional Theory*, Nueva York, Cambridge University Press, pp. 219-244

³³ Tiedemann, K. (1991). «Constitución y Derecho penal», *Revista Española de Derecho Constitucional (separata)*, n. 33, pp. 145-171.

³⁴ Bilchitz, D. (2015). «El constitucionalismo, el Sur Global y la justicia económica», en D. Bonilla, *Constitucionalismo del Sur Global*, Bogotá, Siglo del Hombre, pp. 57-123.

³⁵ La doctrina de los derechos conexos se expresa, por ejemplo, en las sentencias T-406/92, T-571/92 y T-116/93.

tres ejemplos que representan manifestaciones del carácter pretoriano que posee el Derecho constitucional en América Latina en la actualidad.

El primero de los ejemplos es el constituido por las mutaciones constitucionales. En el Derecho continental, las modificaciones informales de la Constitución no han pasado desapercibidas y han recibido amplia atención por la doctrina especializada desde fines del siglo XIX. El término mutaciones constitucionales fue utilizado originalmente en las obras de Laband y Jellinek para denominar el cambio de significado o sentido de la Constitución, sin que esta vea alterada su expresión escrita³⁶. La rigidez constitucional es una técnica de diseño institucional que proporciona estabilidad a las normas constitucionales; también contiene —si se extreman las garantías al punto de hacer de la rigidez cláusulas pétreas de facto— el riesgo de fosilizar un ordenamiento, volviéndolo incapaz de adaptarse a los cambios sociales. En un conocido trabajo de principios del siglo XX, Hsü Dau-Lin identificó los diferentes tipos de mutaciones constitucionales³⁷. Sintetizando en buena medida sus ideas, se puede señalar que las mutaciones constitucionales se pueden producir por vía interpretativa, consuetudinaria o por desuetudo.

Las mutaciones constitucionales representan la manifestación más clara de que la Constitución no se expresa exclusivamente a partir del texto escrito. Por supuesto, en un contexto dominado por la Constitución escrita existe un sector de la doctrina que las concibe como una desviación y una amenaza a la seguridad jurídica³⁸. Sin embargo, otro sector de la literatura las considera simplemente un factor más de cambio constitucional que trasciende a los mecanismos de reforma. En este sentido, Da Silva señala que son simplemente un hecho que deriva de la inevitable tensión entre poder constituyente y poderes constituidos³⁹. Por este motivo, las mutaciones constitucionales se producirán incluso cuando la Constitución no esté fuertemente blindada frente al cambio.

El segundo de los ejemplos se refiere a los efectos generales de las sentencias constitucionales y la vinculatoriedad de los precedentes. En las últimas décadas, en Europa varios países comenzaron a adoptar algún sistema de vinculatoriedad del precedente constitucional. En la actualidad, existe cierto consenso de que los precedentes constitucionales necesariamente rompen la lógica clásica del efecto relativo de las sentencias judiciales en la cultura jurídica del *Civil Law*. Ejemplos claros de esta tendencia son Alemania y España. En Alemania no existe norma expresa, pero la doctrina concuerda en el carácter vinculante de las decisiones del Tribunal Constitucional Federal, fundado en los siguientes argumentos: a) el aseguramiento de la

³⁶ Sánchez, A. V. (2000). «Mutación constitucional y fuerza normativa de la Constitución. Una aproximación al origen del concepto», *Revista Española de Derecho Constitucional*, n.58, pp. 105-135.

³⁷ Hsü, D.-L. (1998). *Mutación de la Constitución*. Oñati, Instituto Vasco de Administración Pública.

³⁸ De Vega, Pedro. (1985). *La reforma constitucional y la problemática del poder constituyente*. Madrid, Tecnos, p. 210.

³⁹ Da Silva, J. A. (1999). «Mutaciones constitucionales», *Cuestiones constitucionales*, n.1 [versión electrónica].

fuerza de dirección de la Constitución; b) la garantía de interpretación uniforme de la Constitución; c) la orientación de la conducta de las autoridades⁴⁰. Por su parte, en España el artículo 5º de la LOPJ afirma el carácter vinculante de los pronunciamientos del Alto Tribunal en términos rotundos e inequívocos⁴¹.

El debate sobre el precedente se refiere a la vinculatoriedad de los argumentos que los jueces usan y su aplicabilidad a casos futuros de similar naturaleza. Por esta razón, es conceptualmente distinto de otro elemento importante del diseño de los mecanismos de justicia constitucional europeos de posguerra: la producción de efectos *erga omnes* de determinadas sentencias. Este diseño se ha extendido a prácticamente todos los países del continente americano. A pesar de que el tema ha suscitado escasa polémica, este antecedente es importante ya que muestra muy claramente que los tribunales constitucionales del Estado constitucional de Derecho son órganos enjuiciadores muy diferentes de sus homólogos del Estado legal de Derecho. A la luz del surgimiento de atribuciones de control de constitucionalidad —especialmente de carácter correctivo— deja de ser totalmente cierto que en la tradición del *Civil Law* las sentencias judiciales produzcan solo efectos particulares.

En Latinoamérica también hay países que se han aproximado a un modelo de precedente vinculante. México es uno de ellos. Ferrer Mac-Gregor y Sánchez han estudiado este fenómeno destacando que, a pesar de que esta institución se origina en el Derecho anglosajón, paulatinamente se ha incorporado a la práctica de los tribunales constitucionales, los cuales pertenecen en apabullante mayoría a la tradición romanista⁴². Se podría contrargumentar que México posee un sistema híbrido de control de constitucionalidad que se aproxima al control difuso. Esta afirmación es cierta y es de aplicación igualmente a Argentina y Brasil, donde también existe un modelo difuso de control de constitucionalidad con notoria influencia de los EE. UU. En todos estos países, la vinculatoriedad del precedente constitucional está fuera de discusión.

Esta tendencia es posible observarla igualmente en países con control concentrado como Perú y Colombia. En Perú dispone el artículo VII del Título preliminar del CPC que: «*Las sentencias del Tribunal Constitucional que adquieren la calidad de cosa juzgada constituyen precedente vinculante cuando así lo exprese la sentencia, precisando el extremo de su efecto normativo*». Lo propio sucede en Colombia, donde para Bernal Pulido (2008), a pesar de que el derecho colombiano tiene la estructura y los fundamentos de un sistema de Derecho continental, tras una evolución posterior a la Constitución

⁴⁰ Palomares, J. (2015). «El carácter vinculante de la jurisprudencia constitucional en el derecho alemán», *Via Inveniendi Et Iudicandi*, 2015, vol. 10, no 2, pp. 22-56.

⁴¹ Art. 5 LOPJ: La Constitución es la norma suprema del ordenamiento jurídico, y vincula a todos los Jueces y Tribunales, quienes interpretarán y aplicarán las leyes y los reglamentos según los preceptos y principios constitucionales, conforme a la interpretación de los mismos que resulte de las resoluciones dictadas por el Tribunal Constitucional en todo tipo de procesos.

⁴² Ferrer Mac-Gregor, E., y Sánchez, R. (2009). «Cosa juzgada y precedente en la acción constitucional mexicana», *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, año XV, pp. 260-339.

de 1991, tanto el derecho positivo como la práctica han llegado a reconocer que las sentencias judiciales tienen carácter de precedente⁴³.

El tercero de los ejemplos alude a la cultura constitucional común. En este sentido, a fines del siglo XX ha aparecido un tipo de discurso constitucional ciertamente novedoso. Desde sus orígenes, las constituciones han estado inescindiblemente ligadas a la figura de los Estados nacionales modernos; es decir, han representado la expresión de la soberanía de una comunidad, afirmación que presupone que dichos documentos eran señales identitarias y constitutivas de una comunidad política. Desde fines del siglo XX, y sin que ello signifique la desaparición del constitucionalismo de base nacional, se ha ido propagando una comprensión alternativa y centrada en la idea de cultura constitucional común a través de un fenómeno que ha recibido nombres como constitucionalismo global o *transconstitucionalismo*, entre otros⁴⁴.

Esa suerte de uniformización se ha ido produciendo especialmente en materia de derechos fundamentales y principios axiológicos. Quizá, con unas pocas excepciones relativas, en Latinoamérica las Constituciones se han ido asimilando unas a otras con un evidente grado de uniformidad. A pesar de que se podría objetar que esa similitud pudiese ser solo superficial, como se explicará a continuación, existen dos fenómenos que evidencian que se trata de un proceso que posee una relativa profundidad. Esta situación incide en que los tribunales de justicia resuelven casos similares con herramientas idénticas, que circulan entre los países, sin importar si se hallan positivadas o no en los textos constitucionales. Un buen ejemplo de esta tendencia se puede encontrar en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Argentina sobre libertad de expresión⁴⁵.

Estos dos fenómenos son: en primer lugar, el avance del Derecho internacional de los derechos humanos y su interacción con los sistemas nacionales; en segundo lugar, la circulación y utilización del Derecho comparado en la jurisprudencia constitucional. Ambos fenómenos, aunque con algunas diferencias, son expresión de la incipiente formación de una suerte de *ius commune* en Latinoamérica.

El primero de estos fenómenos se deriva de la importancia que ha adquirido el Sistema Interamericano de Derechos Humanos y, especialmente, la actividad jurisprudencial de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (En adelante, Corte IDH). Es necesario destacar que este fenómeno se ha producido también en otros contextos geográficos, aunque en el continente americano adopta ciertas particularidades con la teoría del control de convencionalidad. En cualquier caso, y comenzando

⁴³ Bernal Pulido, C. (2008). «El precedente en Colombia», *Revista de Derecho del Estado*, n. 21, pp. 81-94.

⁴⁴ Ackerman, B. (1997). «The Rise of World Constitutionalism», *Virginia Law Review*, v. 83, n. 4, pp. 771-797; Neves, M. (2014). «(Não) solucionando problemas constitucionais; transconstitucionalismo além de colisões», *Lua Nova*, n. 93, pp. 201-232.

⁴⁵ En la sentencia «S. V. c. M.D.A.», (2001 Fallos 324:975), un caso que involucra un juicio de filiación en contra del futbolista Diego Maradona, se citaron más de veinte regímenes constitucionales comparados, además de una serie de tratados internacionales sobre derechos humanos.

por lo básico, la gran mayoría de los Estados son signatarios de la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH) y han ratificado la competencia contenciosa de la Corte IDH, lo que significa que se han sometido a su autoridad en materia de derechos humanos. Obviamente, la Corte IDH supervisa el cumplimiento de las disposiciones de la CADH y no de los derechos fundamentales reconocidos en las constituciones nacionales. Sin embargo, en la práctica ambos niveles contemplan un catálogo de derechos muy similar, por lo que las interpretaciones de la Corte IDH terminan siendo determinantes para los jueces nacionales en la interpretación de sus propias constituciones.

Otro rasgo coadyuvante en este sentido ha sido que la mayoría de los países de la región ha introducido en sus textos constitucionales diversas cláusulas que conceden a los instrumentos de derechos humanos una jerarquía diferenciada, un estatus «especial» que garantiza como mínimo su precedencia en caso de conflicto con la legislación interna. Incluso, en algunos casos es posible constatar que estas cláusulas han sido equiparadas normativamente con las constituciones nacionales. Es el caso, por ejemplo, de Argentina, Venezuela y Bolivia, países en los que se ha establecido expresamente la jerarquía constitucional de ciertos instrumentos internacionales de derechos humanos ⁴⁶.

Sin perjuicio de lo anterior, aún no se ha resuelto la manera en que la jurisprudencia de la Corte IDH debe irrigarse hacia los sistemas nacionales. La alternativa propuesta por la Corte IDH, denominada teoría del control de convencionalidad, ha intentado generar un consenso en materia de interpretación de derechos humanos en el continente, «invitando» a todos los jueces nacionales a aplicar directamente su jurisprudencia en la interpretación del Derecho interno. Esta propuesta ha tenido, no obstante, desigual recepción y ha sido objeto de críticas por tratarse de una aproximación demasiado vertical. En este sentido, se han propuesto alternativas que resaltan una aproximación conocida como *diálogo entre tribunales*. En este contexto, las experiencias han sido disímiles. Algunos estados como México han aceptado la tesis del control de convencionalidad, mientras que otros como Chile o Brasil han sido más reacios.

Incluso los estados más renuentes han terminado por adaptar sus propias opiniones en los casos en los que han resultado condenados. Esta realidad demuestra que, a pesar de los avances y retrocesos, la influencia del Sistema Interamericano ha dado importantes pasos en aras de establecer una especie de *Ius Constitutionale Commune* en América Latina fundado en las convenciones sobre derechos humanos que existen en el continente y, también, en las interpretaciones de la Corte IDH a esos tratados. Esta es la posición de Von Bogdandy, señalando que sus principales características son: la combinación del Derecho nacional y del internacional público, la orientación

⁴⁶ Góngora, M. (2014). «La difusión del bloque de constitucionalidad en la jurisprudencia latinoamericana y su potencial en la construcción del *ius constitutionale commune* latinoamericano», en V. B. Armin, *Ius Constitutionale Commune en América Latina: Rasgos, Potencialidades y Desafíos*, Heidelberg, UNAM-Max Planck Institut für Ausländisches Öffentliches Recht und Völkerrecht, pp. 201-227.

metodológica hacia principios, la centralidad de los derechos y la estrategia de perseguir transformaciones de manera incremental⁴⁷.

El segundo fenómeno es el denominado uso del Derecho comparado, posiblemente de menor uso en el continente americano, siendo posible no obstante encontrar importantes manifestaciones. Por ejemplo, Freitas muestra que en Argentina el 23% de los casos de la Corte Suprema sobre derechos humanos usa Derecho foráneo⁴⁸. Otro caso interesante es México. Ferrer y Sánchez identifican 28 casos entre los años 1995 y 2010 donde la Suprema Corte cita expresamente Derecho comparado⁴⁹. Ambos autores concluyen que, a pesar de representar un porcentaje menor del universo de sentencias, es necesario leer el contexto. Ello exige considerar que, por una parte, el recurso al Derecho comparado se ha incrementado considerablemente en los últimos años. Por otro lado, existen varias doctrinas que, si bien cuando se invocan no se cita su origen, resulta obvio que se trata de categorías importadas. El test de proporcionalidad, el escrutinio estricto en materia de igualdad, la noción de mínimo vital y la doctrina de las cuestiones políticas son algunas de ellas.

Estos dos fenómenos representan un cambio de paradigma en la interpretación de la Constitución, sobre todo en materia de derechos fundamentales. Este giro, de gran relevancia, exige un análisis de mayor enjundia acerca de cómo circulan y se hibridan las diferentes doctrinas, cuáles son, qué países son los más influyentes y cuáles son las maneras en que los tribunales nacionales interactúan con ellas. En cualquier caso, ponen de manifiesto que, incluso, existe una parte del contenido de la Constitución que se produce fuera del territorio del Estado y que los tribunales incorporan al *corpus* local. Es evidente que, en la mayoría de las ocasiones, esa información no se puede extraer del texto escrito de la Constitución.

6. CONCLUSIONES

La tesis de la Constitución *no escrita* es una alternativa que resulta útil para explicar en la actualidad y con mayor precisión qué es una Constitución en la cultura jurídica latinoamericana. Debido a que no todas las normas constitucionales están insertas en el texto, esta idea permitiría capturar ese *corpus* de Derecho constitucional que carece de base textual. Desde esta perspectiva, las constituciones son conjuntos de normas que, en parte, están contenidas en un documento escrito; de igual forma, otra parte de ellas se encuentra fuera de los enunciados lingüísticos del texto

⁴⁷ Von Bogdandy, A. (2015). «Ius Constitutionale Commune en América Latina: Una Mirada a Un Constitucionalismo Transformador», *Revista Derecho del Estado*, v. 34, pp. 3-50.

⁴⁸ Freitas, M. (2017). «Horizontal Judicial Dialogue on Human Rights», en M. Amrei, *Judicial Dialogue and Human Rights*, Nueva York, Cambridge University Press, p. 109.

⁴⁹ Ferrer Mac-Gregor, E. y Sánchez, R. (2013). «México: Struggeling for an Open View in Constitutional Adjudication», en T. Groppi, *The Use of Foreign Precedents by Constitutional Judges*, Londres, Hart Publishing, pp. 308 y 309.

constitucional. Esta *Constitución no escrita* comprende interpretaciones de esos textos, la costumbre e, incluso, algunas características del discurso constitucional.

Una tesis de este tipo tiene importantes implicaciones. La principal es que una Constitución puede mutar sin que medie el procedimiento de reforma a través de la actividad de desarrollo de sus cláusulas generales o, incluso, de sus silencios. Además, el enfoque aquí propuesto tiene el *plus* de la sinceridad y permite entender de mejor manera cuál es el papel del juez en el proceso de adjudicación constitucional.

Finalmente, esta comprensión del fenómeno constitucional refleja que, en la cultura jurídica occidental contemporánea, existe una tendencia a la convergencia entre los dos principales modelos históricos. En este sentido, la tradicional distinción entre Derecho constitucional del *Common Law* y Derecho constitucional del *Civil Law* ha dado pie a la formación de un modelo global de constitucionalismo. En este constitucionalismo global las diferencias basales se están difuminando en favor de determinados matices o énfasis puntuales que van dejando atrás las diferencias estructurales de antaño.

Title:

The concept of Constitution in contemporary latin american constitutionalism

Summary:

1. INTRODUCTION. 2. THE CONCEPT OF CONSTITUTION IN CONSTITUTIONAL THEORY. 3. ¿IS THE ENTIRE CONSTITUTION CONTAINED IN A WRITTEN DOCUMENT? 4. ¿CAN THERE BE AND UNWRITTEN CONSTITUTION IN CONTINENTAL CONSTITUTIONAL LAW? 5. THE DEBATE IN LATIN AMERICA ABOUT THE NATURE OF CONSTITUTIONS. 6. CONCLUSIONS.

Resumen:

El presente artículo analiza el concepto de Constitución en la cultura jurídica contemporánea de América Latina. La tesis planteada consiste en que la noción de Constitución escrita, por sí sola, resulta insuficiente para explicar por completo la realidad constitucional y, por lo tanto, debe ser complementada. Este complemento se encuentra fuera de los enunciados lingüísticos del texto constitucional y comprende interpretaciones, costumbres y algunas características del discurso constitucional. De ser cierta, esta tesis explicaría mejor la práctica actual del Derecho constitucional que la idea de una Constitución exclusivamente escrita y revelaría una

tendencia hacia la convergencia entre los países con culturas jurídicas basadas en el Derecho Común y el Derecho Civil. De esta forma, estaríamos asistiendo a la relativización de esta tradicional distinción en la cultura legal occidental y, paralelamente, a la consolidación de la idea de un Derecho constitucional global presente también en América Latina.

Summary:

This article discusses the concept of Constitution in contemporary legal culture in Latin America. The thesis raised is that the notion of written Constitution, by itself, is insufficient to fully explain the constitutional reality and so it needs to be complemented. This complement is located outside the linguistic statements of the constitutional text and comprehend interpretations, customs and some features of constitutional discourse. If true, this thesis, she would explain in a better way the current praxis of Constitutional Law than the recourse to the sole idea of a written Constitution. Additionally, it would reveal a tendency towards convergence between Common Law and Civil Law countries, blurring this traditional distinction in western legal culture and leading to a Global Constitutional Law, a trend which would be also present in Latin America.

Palabras clave:

Constitución, Constitucionalismo, Teoría constitucional

Key words:

Constitution; Constitutionalism; Constitutional Theory

